

Natureza da ação rescisória e outras questões

GUIDO ROQUE JACOB
Procurador de Justiça - SP

SUMÁRIO: 1 - Observações prévias. 2 - Objeto dos "judicia". 3 - Cumulação de pedidos. Rescisório implícito. 4 - Tipo de processo. Intervenção do Ministério Público. 5 - Questões particulares: a) despacho homologatório; b) mandado de segurança cautelar; c) recurso extraordinário.

1 - Quase a unanimidade dos escritores conceitua a pretensão rescisória como ação, afastando dela qualquer traço de recurso. O argumento básico é que no recurso a relação processual flui, enquanto que a rescisória pressupõe uma relação processual já finda.⁽¹⁾ No direito moderno, desde o Código de Processo Civil de 1939, ao que parece, apenas a voz solitária de Lopes da Costa⁽²⁾ ecoa sustentando ter esse instrumento de ativação jurisdicional a natureza mista de ação e recurso. Todavia, sem desenvolver a concepção, limitou-se o eminente processualista a dizer que é ação na forma e recurso na finalidade.⁽³⁾

Portanto, sendo dogmática a orientação dominante, corre-se o risco de cometer hereesia ao afirmar e tentar demonstrar através da pesquisa e análise dos elementos pertinentes ao tema que estava certo o escritor mineiro. Não é este senão desambicioso ensaio sobre o assunto, resultado de reflexões que se julga merecerem publicidade para eventual consideração crítica.

Em que consiste esse poder jurídico chamado ação, posto à disposição das pessoas, é uma pergunta a ser previamente colocada e respondida; e, por mais singela que pareça, encobre profundas discussões doutrinárias que não há cabimento aqui reproduzir. Basta

(1) - Moacyr A. Santos, "Direito Processual Civil", 3/445, Max Limonad, 1962. Na verdade, só depois do decurso do prazo decadencial da rescisória se forma a coisa soberanamente julgada, e conseqüentemente se pode considerar em rigor finda a relação processual. Antes disso, virtualmente todos os processos subsistem, mesmo transitada em julgado a sentença.

(2) - "Manual Elementar de Direito Processual Civil", pág. 200.

(3) - A Liebman, nas notas às "Instituições de Direito Processual Civil", III/200, de Chiovenda, ed. Saraiva, 1965, não escapou a observação coincidente de que se trata, substancialmente, de um recurso. Anotou com a acuidade que o distingue: "É evidente a analogia com um recurso. Por isso o fato de que o remédio contra a sentença viciada seja, no direito brasileiro, uma ação e não um recurso significa essencialmente que esse não é um meio para impedir a formação da coisa julgada, mas um meio para atacá-la depois de formada (...) A ação rescisória apresenta, por conseguinte, o corpo de uma ação, mas a alma de um recurso".

para os fins visados dizer que se trata de um direito decorrente da própria personalidade, de pedir ao Estado-juíz que preste jurisdição.⁽⁴⁾

Incondicionado na sua existência, esse direito, porém, se condiciona no exercício de cada uma de suas tantas espécies que a ordem jurídica contempla. São em verdade remédios processuais destinados à cura de lesões de direito material, com eficácia específica e infungível.⁽⁵⁾ Mas, enquanto as ações em geral buscam a tutela de bem da vida em função de uma agressão ou ameaça de agressão a direito diretamente partida de uma pessoa natural ou jurídica, privada ou pública, a ação rescisória colima reparar violação decorrente de decisão jurisdicional. Tem portanto, em razão dessa singularidade, caráter impugnativo.

A duas categorias básicas se reduzem as impugnações possíveis às decisões judiciais: as impugnações substitutivas (também chamadas devolutivas) e as impugnações rescindentes.⁽⁶⁾ As primeiras, como a própria expressão vocabular sugere, tendem a obter, recurso que são, através do reexame do juízo *ad quem*, a substituição da decisão; já as segundas por sua vez compreendem dois juízos: um, que examina em novo a existência de certos vícios da sentença; e outro que julga de novo a causa, vale dizer, reaprecia o pedido e a contestação com o fim de substituir a decisão reexaminada. Enquanto uma ação qualquer instaura julgamento novo (*ex novo*) de um pedido, todo recurso proporciona novo julgamento dele. A ação rescisória persegue esses dois objetos.

Se é ação no *judicium rescindens*, porque em primeira mão aponta para determinação do objeto, já no *judicium rescissorium* assume a feição do recurso porque revê um julgamento primitivo, anterior. A coerência terminológica recomendaria utilizar o *nomen juris* "ação rescindente", porque aí é que reside sua principal característica.⁽⁷⁾ Ao passo que o juízo rescisório espelha autêntico reexame do julgamento, qual recurso - lê-se na doutrina abalizada.⁽⁸⁾

2 - Partindo do ponto assentado de que a ação rescisória veicula, necessariamente, dois juízos, impõe-se a pesquisa de seus objetos. Está dito no artigo 485 do CPC que a sentença de mérito transitada em julgado pode ser rescindida. A ação visa a esse fim, portanto. O tema evoca a notável doutrina elaborada por Liebman sobre autoridade e eficácia da sentença.⁽⁹⁾

A coisa julgada não é fruto de nenhuma manifestação de vontade do Juiz; resulta automaticamente da lei; é produto do tempo processual. Proferida a decisão, normatizando o caso concreto pelo mérito, desde a publicação o ato jurisdicional ganha vida própria, com a vocação inelutável de se perpetuar uma vez transcorrido o prazo marcado pela lei sem ser impugnado. Esse atributo da imutabilidade, envolvente do dispositivo da sentença, torna-a coisa julgada.

Por outro lado a eficácia da sentença é - expressão de Liebman⁽¹⁰⁾ - o próprio ato de justiça, que se consubstancia na prestação jurisdicional. A extensão da eficácia é variável, conforme o conteúdo normativo do ato, que lhe dá perfil mais ou menos alongado: ou só

(4) - Moacyr A. Santos, ob. cit., pág. 178.

(5) - Machado Guimarães ensinou: "Não existe uma fungibilidade de remédios processuais - declaratório, condenatório e constitutivo oferecidos à discricionária escolha do autor. Cada espécie de ação tem sua esfera de aplicação delimitada, e constitui um remédio específico e infungível." in Rev. Forense 101/7.

(6) - Liebman, "Manuale di Diritto Processuale", III/27, Giuffrè, 3ª ed., 1976.

(7) - Sérgio Rizzi ("Ação Rescisória", pág. 7, RT 1979) observa que, embora a pretensão rescisória haja emprestado o nome à ação, a rescisão ocorre mesmo é no juízo rescindente.

(8) - Entre outros Pedro Batista Martins, "Recursos e Processos de Competência Originária dos Tribunais", pág. 80; Barbosa Moreira, "Comentários ao Código de Processo Civil", V, pág. 239, 3ª ed., 1978, nota nº 287.

(9) - "Eficácia e Autoridade da Sentença", Forense, 1981.

(10) - Cf. prefácio da obra de Ada P. Grinover, "Eficácia e Autoridade da Sentença Penal".

declara; ou, mais, constitui, modificando o estado jurídico; ou, muito mais, condena, modificando um estado de fato, se necessário através da execução coativa.

É para a coisa julgada (para a autoridade da sentença, na linguagem de Liebman) que se volta o **judicium rescindens**.⁽¹¹⁾ Ao proferi-lo o Tribunal se limita a remover o selo da imutabilidade da decisão, verificando se está presente o fundamento a que a lei atribui força para aquela remoção; não revê, imediatamente, a causa, mas antes julga se é legítima a revisão *in fieri* do conteúdo normativo da sentença.⁽¹²⁾

Se não for rompido o invólucro⁽¹³⁾, que recobre o **decisum**, caso a ação, logo no juízo rescindente, venha a improceder, continua intacta e eficaz a decisão rescindenda, por seus fundamentos; se, ao contrário, for rompido, inicia-se então o juízo rescisório propriamente dito. E porque é assim, não se fala nesta ação em ofensa à coisa julgada: antes de decidir de novo o Tribunal rescinde-a, dissolvendo o vínculo que o inibia de reexaminar a decisão.⁽¹⁴⁾

Quando entra, depois, a pesquisar a matéria da decisão rescindenda, está liberto dessa inibição, e tem diante de si uma sentença como outra qualquer, agora desprovida do atributo da imutabilidade, embora ainda seja eficaz. Se fosse imaginável um **non liquet** a esta altura do julgamento, a eficácia da decisão voltaria a envolver-se da mesma intangibilidade, característica da coisa julgada.

Atua o Tribunal, então, entre o primitivo pedido do autor e a resposta do réu, como se apreciasse um recurso suplementar, onde poderia ter sido interposto e não foi (rescisória de sentença ou acórdão não recorrido); um excepcional recurso, onde não existia nenhum a interpor (rescisória em causa de instância única)⁽¹⁵⁾ e um super-recurso, onde não havia mais nenhum a interpor (decisão recorrida à exaustão). Agora é à eficácia da decisão que se dirige o julgamento, ou mais precisamente, o **judicium rescissorium**, tal qual o faria a impugnação recursal substitutiva.⁽¹⁶⁾ Conclui-se, assim, que o instrumento impugnativo cogitado é um misto de ação no juízo rescindente e de recurso no juízo rescisório.

Significa que o Tribunal, revendo a causa, enxerta - expressão de Pontes de Miranda - na relação processual primitiva o juízo rescisório, como se examinasse um recurso. E dará, então, qualquer que tenha sido o resultado do julgamento anterior, ou seja, de procedência ou improcedência, inevitavelmente, uma das cinco seguintes soluções possíveis: três de natureza processual - extinção do processo; anulação do processo; cassação da sen-

(11) - Num processo em que falte ou seja nula a citação, se houve revelia, não se forma a coisa julgada, sendo por isso dispensável a ação rescisória. Nesse caso, qualquer juiz, seja em ação declaratória, seja em embargos de execução, pode declarar o fato e recusar os efeitos da sentença (Liebman, *Processo de Execução*, pág. 159, Saraiva, 1968).

(12) - Virgílio Andrioli, in "Commento al Codice di Procedura Civile", II, pág. 652, acentua a nítida distinção entre os dois estádios do julgamento.

(13) - A expressão é de Pontes de Miranda que, nos "Comentários ao Código de Processo Civil" de 1939, X/150, ensinara que a ação rescisória vai exatamente contra a força formal da coisa julgada e, quebrada essa muralha de eficácia formal, lá está o processado que a preclusão fechara...

(14) - A propósito do ponto de vista lembra-se um aresto do STF, 1ª Turma, rel. Min. Soares Muñoz, RTJ 83/389. Nele está dito que a garantia constitucional da coisa julgada não impede a ação rescisória de desconstituí-la e que, se procedente, em caso que não comportava esse resultado, haverá quando muito violação à lei ordinária que a regula, não à Constituição. As duas formulações são equivocadas: a primeira é *data venia* uma frase vazia, não justificada, um argumento de autoridade; a segunda confunde o juízo de mérito da ação com sua instituição legal. Só a análise em profundidade dos juízos que armam a ação rescisória permite a explicação racional do problema. A garantia aludida não impede a ação exatamente porque antes de decidir de novo a lide originária, o Tribunal desfaz a coisa julgada - aquela muralha de eficácia formal, a que se referia Pontes de Miranda. Proibido seria reexaminar a lide dirimida enquanto envolta pela coisa julgada, sem desconstituir-se esta no devido processo. Por outro lado, sem sentido afirmar violação à lei se a ação for procedente em caso que não devia, como se a existência legal da ação rescisória fosse ilegítima.

(15) - Espécie de instância única, o juízo de alçada, como é o caso da Lei nº 6.830/80, artigo 34, de execução fiscal, quanto à decisão nos embargos, e da Lei nº 6.825/80, artigo 4º, da Justiça Federal, comporta a ação rescisória, porque não há vedação legal. Já no caso dos julgados de pequenas causas (Lei nº 7.244/84) houve opção legislativa proibindo. Trata-se de assunto deixado ao critério do legislador.

(16) - Barbosa Moreira, "Comentários", V, pág. 239, 3ª ed., 1978, observa que compete ao Tribunal rejulgar a causa, nos mesmos limites em que apreciara a sentença invalidada.

tença; e duas de natureza substancial, de mérito - reforma da sentença ou manutenção da sentença.⁽¹⁷⁾

3 - Ao contrário das ações comuns, em que o autor pode articular pedidos conforme o litígio (conflito de interesses); numa combinação dos conhecidos conteúdos normativos da sentença (declaração, constituição, condenação); na rescisória restringem-se a dois postos, um, para enfocar o juízo rescindente, e outro o juízo rescisório.

No equacionamento do tema duas questões, em certa medida entrelaçadas, emergem. A primeira diz com a indagação de saber se é indispensável pedido expresso de novo julgamento da demanda; a segunda, se é sempre necessário esse novo julgamento. O texto legal (art. 488 I e 494, CPC - "cumular ao pedido de rescisão, se for o caso...", "...proferirá, se for o caso..."...) trouxe confusão, ensejando o trabalho interpretativo da doutrina no sentido de que ora o **judicium rescindens** exaure a jurisdição; ora, não.

Há quem entenda, como Barbosa Moreira⁽¹⁸⁾, que a solução varia de acordo com o fundamento da ação; bastará o pedido de rescisão da sentença (**judicium rescindens**) sem necessidade do pedido de rejuízo da causa, quando a procedência da ação esgota a jurisdição (exemplo invocado é o da ofensa à coisa julgada); ou quando a rescisão não se deva seguir, incontinenti, o rejuízo da causa (v.g. no caso de incompetência absoluta do Juiz - CPC art. 485 II).

Outros, como Bueno Vidigal, interpretam a cláusula legal de modo diverso, não do prisma do fundamento da ação, mas do conteúdo da sentença. Na meramente declaratória, por ex., é suficiente o julgamento rescindente "para eliminar pura e simplesmente a declaração de certeza". O mesmo ocorre com a constitutiva, sendo procedente a ação: em consequência do juízo rescindente restabelece-se, automaticamente, a situação anterior. E conclui o renomado mestre: "O novo julgamento é necessário nas ações condenatórias e constitutivas em que o autor vencido obtém ganho de causa na rescisória."⁽¹⁹⁾

Cuida-se do que se convencionou chamar de rescisório implícito. O ponto de vista que se defende neste estudo é totalmente diverso do pensamento reinante.

Depois que o Tribunal emite o juízo rescindente, rompendo a coisa julgada, porque, no exemplo dado, houve afronta à coisa julgada, não pára aí o julgamento, mas deve avançar para a decretação da extinção do processo (CPC, art. 267, V), pronunciamento que traduz o juízo rescisório, e que afeta a eficácia da sentença.

Igual raciocínio cabe em relação a qualquer outro fundamento do elenco legal, por ex., o da incompetência absoluta do juiz: em seguida à rescisão da coisa julgada dá-se a cassação da sentença, que é o vero juízo rescisório. A remessa da causa ao juízo competente é mera deslocação material dos autos; o que conta é o ato jurisdicional que extirpa a sentença do processo, a ser retomado pelo Magistrado dotado de competência.

Também errada parece a distinção baseada nos efeitos da sentença. Qualquer que seja a natureza ou o teor do comando, proferido o juízo rescindente, que remove a coisa julgada, há necessidade de nova decisão: a ação declaratória, no exemplo de Vidigal, terá de ser julgada improcedente. Do mesmo modo a sentença constitutiva; sob pena de restar um vácuo jurisdicional.

(17) - A extinção do processo primitivo será decretada se restar configurado fundamento da rescisória consistente na ausência de condição da ação. O aspecto é anotado por B. Moreira, ob. cit., pág. 169. Caberá a anulação do processo se o fundamento rescisório invocado levar à conclusão de vício processual cuja remoção permita a renovação do processo. A propósito, expressivo julgado do STF, RTJ 101/1.121. A cassação diz exclusivamente com a sentença. É vocábulo de restrito uso no direito brasileiro, mas é o que melhor retrata o provimento rescisório no caso, por ex., de incompetência do juiz (artigo 485 II, CPC), quando a sentença é extirpada do processo. Dizer aí que se anula a decisão por esse fundamento é dizer pouco, porque nos casos de nulidade não raro o próprio juiz volta a decidir, o que não pode ocorrer na hipótese. A reforma da sentença - para inverter o sentido do julgamento anterior - é resultado que se explica por si. E finalmente não se pode excluir a própria manutenção da sentença, como observou Pedro B. Martins (ob. cit.) por fundamento antes não considerado.

(18) - "Comentários", vol. V, pág. 236, 3ª ed., Forense, embora em nota, nº 284, de rodapé, critique a solução do rescisório implícito.

19 - "Comentários", VI, pág. 194, RT 1974.

É muitas vezes imperceptível a passagem do juízo rescindente para o rescisório, como lembra V. Andrioli⁽²⁰⁾. Mas nem por isso se torna aleatória a existência do segundo momento da prestação jurisdicional. Ela sempre existe.

Por isso há que fazer o pedido rescisório, além do rescindente. Se o peticionário foi autor deve repetir o pedido (primitivo) de nova decisão; se foi réu, pedido rescisório é aquele que se consubstancia na resposta contida no processo originário, e que impede a procedência da ação. O rejuízo da causa encontra-se definitivamente bitulado entre a inicial e a contestação, limitado às questões deduzidas nessas peças, do mesmo modo como acontece com o recurso, tanto que a decisão do Tribunal substitui a sentença rescindente.⁽²¹⁾

Daí não poder o autor apresentar pedido novo, nem ao tribunal ser lícito atendê-lo nisso. Pontes de Miranda⁽²²⁾ aventa essa hipótese, repelida porém por Pedro Batista Martins⁽²³⁾, acertadamente, ao menos por duas razões: para o novo pedido não haveria necessidade da rescisória e ademais a economia processual não justifica a supressão do primeiro grau de jurisdição, se não se tratar de decisão originária do Tribunal.

É claro que muitas vezes a decisão rescisória terá por objeto questões processuais que acarretam ou a extinção ou a anulação do processo, em virtude de não terem sido atendidos pressupostos processuais ou condições da ação, ou de nulidades insanáveis verificadas, e desses casos o tribunal poderá conhecer de ofício, independentemente de renovação do pedido. Mas então é por outra razão jurídica que se produz a prestação jurisdicional e não porque o rescisório esteja implícito; ao contrário, o tribunal terá de explicitar sempre o juízo rescisório, sob pena de deixar reanimado um processo sem a conclusão decisória, gerando aquela situação entrevista por Pontes de Miranda, em que se daria o corte sem replantio.⁽²⁴⁾

(20) - *ob. loc. cit.*

(21) - B. Moreira, "Comentários", V/239, 3ª ed., nota de rodapé nº 287.

(22) - "Tratado da Ação Rescisória", pág. 115, Forense, 1964.

(23) - *ob. cit.*, pág. 81.

(24) - *ob. cit.*, 355. Estranha que o consagrado escritor tenha não obstante afirmado, por exemplo, quanto à prescrição que, se a decisão rescindente a acolher, por igual, automaticamente indefere o pedido de condenação face ao aludido rescisório implícito. Antes de acolher a prescrição faz o Tribunal juízo em torno de tema prévio, a saber se se configura um dos fundamentos da rescisória. No caso impõe-se verificar se houve violação de literal disposição de lei, que regule o prazo prescricional, ou se a decisão rescindente se apoiou em falsa prova da interrupção do prazo. Acolhido um dos motivos legais, profere o juízo rescindente através do qual remove o obstáculo da coisa julgada. Mas esse juízo é insuficiente; urge passar ao juízo rescisório, que é o julgamento da improcedência da ação primitiva face à prescrição.

Errou data venia o antigo TFR quando decidiu com a seguinte ementa: "Civil e Processual Civil. Alienação mental. Prescrição. Rescindibilidade da sentença. I - Comprovada a preexistência de alienação mental, impõe-se a rescisão da sentença que pronunciou a prescrição, sem contudo adentrar-se no *judicium rescisorium* com novo julgamento da causa. Afastada a prejudicial, incumbe ao juízo prolator da decisão desconstituída o exame do mérito propriamente dito. II - Rescisória julgada parcialmente procedente". Ação Rescisória 1.014 - RJ, rel. Min. Costa Leite, DJ 10.9.87, pág. 18.812.

Errou porque 1ª a prescrição é matéria de mérito no processo civil comum, e se o Juiz já tinha examinado não podia mais revê-lo; 2ª não era parcial a procedência da ação mas total, e o Tribunal devia prosseguir no julgamento e proferir a decisão de mérito, fosse qual fosse, de procedência ou improcedência, pois juiz singular não exerce o *judicium rescisorium*, substância de um julgamento revisor, próprio de recurso, afeto ao Tribunal. O temor infundado de suprimir uma instância levou a essa solução. Não era o caso, contudo, pois, rescindida a coisa julgada, o Tribunal se colocou na posição de reapreciar a causa como se examinasse um recurso, mesmo que a alienação mental, questão de fato inibidora do curso da prescrição, nem tivesse sido alegada no processo originário e assim possibilitasse o conhecimento do Juiz. Era uma questão de fato não proposta no juízo inferior e que podia ser suscitada na apelação (art. 517, CPC), e do mesmo modo incumbia ao Tribunal apreciá-la para, afastada a prescrição, julgar a causa por inteiro. O exemplo mostra como a ação rescisória não tem merecido devida preocupação científica. Note-se que o Tribunal não anulou a sentença, solução que importaria no próprio *judicium rescisorium* e aí sim se restituiria ao Juiz o reexame completo da causa. Ao contrário, sem a anular (pelo menos não consta da ementa) incumbiu ao Juiz o exame do mérito, como se ele não tivesse já concluído o julgamento. Se não anulou, reformou a sentença, e sentença reformada é sentença reexaminada pelo mérito, salvo a que decreta a decadência em mandado de segurança.

Já noutro julgamento publicado no mesmo "Diário da Justiça", pág. 18.812 (Ação Rescisória 1.256, rel. Min. Carlos Tibau), vingou, até certo ponto, a solução correta: o Juiz havia conhecido de ofício da prescrição de direito patrimonial - o que importava na anulabilidade da sentença, e a anulação veio a ser proferida, decisão tomada em *judicium rescisorium* para determinarse a reapreciação do mérito pelo próprio Juiz. Para maior clareza transcreve-se a ementa: "I - Prescrição de direito patrimonial não invocada pela ré no processo de conhecimento, mas declarada de ofício, pelo MM. Juiz Federal de 1ª instância; II - Violação dos artigos 166 do Código Civil e 219 § 5º do Código de Processo Civil; III - Procedência parcial da ação rescisória para anular-se a decisão rescindente e determinar-se ao MM Juiz que aprecie o mérito da questão, propriamente dito; IV - Ressalva do ponto de vista do relator e dos Srs. Ministros Nilson Naves e Dias Trindade quanto à possibilidade de, no *judicium rescisorium*, apreciar-se a questão de fundo, como pleiteado na inicial". Como se vê, ao ressaltar seu ponto de vista divergente, os ministros que propugnavam pelo conhecimento do mérito na própria rescisória não se aperceberam de que a violação

Em consequência, a ressalva contida nos artigos 488 e 494 do CPC é danosa à estrutura do processo rescisório, e induz a deformações hermenêuticas e vícios na prática forense. É de rigor a formulação do pedido rescisório, cumulado com o rescindente, sempre, ainda que a falha conte com a tolerância ou compreensão dos Tribunais.

A razão é idêntica à que levou o codificador a impor o pedido de nova decisão no recurso (art. 514, III, CPC), pois é na primitiva relação processual que se coloca a Corte para rever o julgamento, apreciando a causa nos mesmos limites em que o fizera a decisão rescindida. A falta de um pedido ou de outro importa inépcia da inicial, assim como a falta de julgamento de ambos, no caso de ser procedente o primeiro (rescindente) acarreta a nulidade da decisão, por ausência de completa prestação jurisdicional, a ensejar até a rescisória da rescisória.

4 - De um modo geral, a natureza da relação jurídica controvertida traça o perfil do processo. Se implicar uma prestação de dar (entregar), fazer ou não fazer, a que possa ser condenado o réu, o processo será condenatório. Cuida-se, não de uma prestação, mas de uma sujeição potestativa, redundará num novo tipo de processo, agora constitutivo, cuja sentença se esgota em si mesma, desprovida de executividade. O processo meramente declaratório está insito em cada um dos precedentes, embora seja dotado de autonomia, consequência da pesquisa científica que isolou a constante eficácia declaratória da sentença, alçada a objeto da ação pertinente.

Na sua unidade mais absoluta, como instrumento de realização do direito, o processo de cognição submete-se a uma grande classificação: de um lado, acha-se o processo civil dispositivo, que compreende o processo condenatório, o constitutivo e o declaratório; de outro, o processo penal inquisitório. Entre esses extremos encontram-se o processo civil inquisitório e o processo penal semidispositivo.⁽²⁵⁾

Interessa o processo civil inquisitório, denominação que lhe deu Calamandrei.⁽²⁶⁾ Trata-se de um processo cuja característica reside na relativa disponibilidade da *res* que contém. Aspecto importante a acentuar é que sempre culmina com a sentença chamada constitutiva necessária, segundo a terminologia do escritor italiano. Diz Barbosa Moreira⁽²⁷⁾ que a decisão no processo ora cogitado, e precisamente no juízo rescindente, é de natureza constitutiva.

Ela é mais, dir-se-ia; é constitutiva necessária, porque a rescisão só pode ser produzida através do processo. O processo rescisório é um processo civil inquisitório. Assim é porque a coisa julgada, cuja subsistência goza de garantia constitucional, não pode ser desfeita pela simples vontade das partes a ela vinculadas. Trata-se de bem jurídico indisponível.

Relevante consequência disso é a obrigatoriedade da intervenção do Ministério Público no processo. Mais uma vez há que criticar o código nesse particular, por não trazer uma disposição expressa, prevendo a participação do órgão fiscal, omissão que não

de literal disposição de lei versava sobre matéria processual (*error in procedendo*), ao conhecer de ofício da prescrição, não de direito material em que consistiria o mérito da causa propriamente dito. Disse-se que vingou a solução correta até certo ponto porque na verdade a procedência da ação foi integral, não parcial. Do ponto de vista do estudo ora exposto o julgamento de anulação do processo originário constitui o juízo rescisório.

Moacyr Lobo da Costa, "Rescisória por Descoberta de Documento Novo", in "Estudos de Direito Processual Civil em homenagem a Frederico Marques", pág. 298, espousa entendimento segundo o qual por esse fundamento apenas tem lugar o juízo rescindente, devendo voltar a causa ao juízo anterior, sob pena de supressão de um grau de jurisdição. Não procede o argumento: houve apreciação plena da causa pelo mérito e o documento novo entra no material probatório do juízo rescisório, como seria em grau de recurso.

Sergio Rizzi (*ob. cit.*, pág. 185) sustenta que nessa hipótese há necessidade de cumular o pedido rescisório, o que permite concluir, com este estudo, que o próprio tribunal deve rejuizar o pedido. Todavia muda o pensamento, dizendo não caber o juízo rescisório, quando a ação tem fundamento em processo fraudulento (pág. 7). O equívoco decorre da inadvertência quanto ao fato de que não basta rescindir a sentença *rectius* - coisa julgada, mas é preciso julgar improcedente a ação primitiva (juízo rescisório) por ilicitude do interesse substancial, ou extinguir o processo sem julgamento de mérito, de modo que a sentença obste aos objetivos das partes (art. 129, CPC), o que se faz também em juízo rescisório.

(25) - cf. "Justitia", 102/147.

(26) - "Opere Giuridiche", pág. 145, Morano edit., 1965.

(27) - *Ob. cit.*, pág. 251.

raro gera dúvida – infundada, diga-se – aos menos avisados, sobre a necessidade de sua atuação no caso. Em boa hora os regimentos dos Tribunais têm suprido a lacuna legislativa. Mas não cabe discutir: o órgão ministerial é parte obrigatória, como ocorre em todo processo civil inquisitório (constitutivo necessário), tipo de processo que abarca não só a ação rescisória, mas todas as causas de estado.⁽²⁸⁾

Por ter o processo essa natureza não se aplica nele a regra da confissão quanto à matéria de fato (art. 319 CPC) e no tocante à prova abre-se a oportunidade para que seja produzida amplamente, apesar da eventual inércia das partes, em homenagem ao princípio da indisponibilidade da *res in judicio deducta*.⁽²⁹⁾

5 – Feitas as anotações mais gerais em torno do tema, busca-se agora ventilar algumas questões específicas que a prática enseja.

a) Demonstrou Galeno Lacerda⁽³⁰⁾, em magnífica conferência, que a homologação de transação, que põe fim ao processo, não é objeto adequado da ação rescisória, por não fazer coisa julgada. Nesse trabalho deu o ilustre processualista a exata interpretação do artigo 485 VIII do CPC.

Na linha do pensamento aqui desenvolvido, dir-se-ia, em modesto acréscimo, que a homologação não é rescindível por esse meio não só porque nela inexistia a autoridade da coisa julgada, mas mais abrangente porque não há nela emissão de juízo algum. Enquanto que é da essência da ação rescisória a duplicidade do julgamento rescindente e rescisório, na homologação, ainda que se produza o efeito de coisa julgada (CC art. 1.030), por outro lado, está ausente, de modo absoluto, o juízo rescindendo a ser substituído pelo juízo rescisório.

A homologação, pois, em qualquer grau de jurisdição, é objeto de ação anulatória, com fundamento em um dos vícios que a lei civil prevê, perante o juízo singular, segundo as regras gerais de competência.⁽³¹⁾

b) Sem coisa julgada material é inconcebível a ação rescisória, pois ela constitui o objeto de *judicium rescindens*. O julgamento proferido em mandado de segurança faz coisa julgada quando concedido; quando denegado, depende: se foi ressalvada a via comum para a renovação do pedido, afastada fica a coisa julgada; é que o impetrante não terá demonstrado o interesse de uso da via especial por não provar fato líquido e certo, gerador de seu direito.

Mas há uma espécie de mandado de segurança que nunca faz coisa julgada, mesmo concedido. É o mandado de segurança cautelar, contra o ato judicial de recebimento de recurso apenas no efeito devolutivo. A praxe judiciária consagrou essa nova categoria de ação mandamental. Tem por objeto proteger o direito líquido e certo à utilidade da prestação jurisdicional, que muitas vezes se expõe ao perigo de ser superada pelas consequências decorrentes da eficácia da decisão recorrida. Então, confere-se o efeito suspensivo a um recurso que normalmente não o tem, em homenagem àquele bem – a preservação da utilidade da prestação jurisdicional, a ser dada pelo Tribunal no recurso. A decisão nesse tipo de mandado de segurança é insuscetível de rescisória, por não fazer coisa julgada em razão de sua índole cautelar.

c) É firme a jurisprudência da Suprema Corte no sentido de que o recurso extraordinário (e agora também o especial) na ação rescisória deve impugnar os fundamentos da decisão rescindente, não os da rescindenda.⁽³²⁾

Mas o Tribunal fixa de modo insatisfatório, diga-se com a maior reverência, a razão do entendimento. Assim, o voto do Min. Moreira Alves (RE 96.050, DJ 30.4.82), onde diz que se não se restringisse o objeto do recurso extraordinário, nesses casos, haveria inadmissível dilatação do prazo de ataque à decisão rescindenda. Ou então o voto do Min. Soares Muñoz (RE 92.821, DJ 29.8.80, pág. 357), no teor de que seria o mesmo que ressuscitar o recurso extraordinário, que até poderia nem ter sido interposto no processo originário.

Ora, a questão é simplesmente esta: se a ação rescisória é improcedente preserva-se a coisa julgada, na qual não se pode tocar; nem através do RE. Se ao revés for procedente, caberá eventualmente, presentes os pressupostos de admissibilidade, até mesmo o recurso extraordinário em torno de algum tema constitucional embutido no processo originário, pois toda a causa se reabre. Essa é a *ratio* da jurisprudência da Suprema Corte. Faltou o esclarecimento.

(28) – Liebman, “Eficácia”, pág. 125, assinala: “Provendo a que não abusem as partes, do poder que lhes reconhece a lei, de limitar a liberdade de ação e do raciocínio do juiz, maxime nos casos em que o seu interesse não coincidir com o descobrimento da verdade, está um órgão público que pode, às vezes, agir, e sempre opinar nas causas civis, o Ministério Público, cuja função no processo civil representa uma atenuação e um corretivo do princípio dispositivo”.

(29) – Moacyr A. Santos, ob. cit. 2/71.

(30) – “Ação Rescisória e Homologação de Transação”, in *Ajuris*, v. 14.

(31) – Inquestionável a tese defendida no VI Encontro Nacional de Tribunais de Alçada, em Belo Horizonte, pelo então Juiz do 1º TACSP, Nelson Altemani, RT 577/299, no sentido de que não é a transação referida no artigo 485 VIII, do CPC, o objeto da rescisória e sim a sentença judicial baseada naquele ato.

(32) RTJ 94/1090 e 93/721, 754 e 908.